

Solennitätsverlust des Notariatsakts wegen mangelnder tatsächlicher Verlesung?

BEITRAG. In der jüngst ergangenen E 6 Ob 122/21 s (ecolex 2022/317, 460 mit Anm J. Reich-Rohrwig) hat der OGH zwar ausgesprochen, dass die mangelnde Verlesung einer Privaturkunde zur Formungültigkeit des Notariatsakts qua § 68 Abs 1 lit f NO und auch § 66 iVm § 54 NO führen soll, die inhaltliche Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Eine sämtliche Auslegungsmethoden einschließende Gesetzesauslegung spricht vielmehr deutlich gegen einen solchen Solennitätsverlust. Andernfalls bietet ein Notariatsakt weniger Bestandskraft als ein bloß einfacher Schriftform unterliegender Vertrag. Der notariellen Bekräftigung einer Privaturkunde wäre damit im Rechtsverkehr deren grundlegende Schutzfunktion entzogen. Zudem hat der OGH die vakante Rechtsfrage ausschließlich abstrakt betrachtet und eine Auseinandersetzung damit vermieden, ob redliche Parteien einen Solennitätsverlust wegen vermeintlich mangelnder Verlesung überhaupt rechtswirksam einzuwenden vermögen. **ecolex 2022/542**



Dr. Johannes Lehner ist Rechtsanwalt in Linz/Wien in der Sozietät AIGNER | LEHNER | ZUSCHIN.

A. Keine gesetzlich angeordnete Nichtigkeitsfolge bei mangelnder Verlesung

Der I. Abschnitt des V. Hauptstücks der Notariatsordnung (NO) kennt nur zwei Tatbestände, welche den Solennitätsverlust eines Notariatsakts anordnen. Gem § 66 NO hat ein Notariatsakt, welcher unter Außerachtlassung der in den Bestimmungen §§ 54 bis 65 NO gebotenen Förmlichkeiten und Vorsichten aufgenommen worden ist, nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde. Zudem normiert § 68 NO, dass jeder Notariatsakt bei sonstigem Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde mehrere taxativ aufgezählte Formerfordernisse enthalten muss. Eine dieser Förmlichkeiten ist die „Anführung, dass der Act den Parteien vorgelesen worden [ist]“. Neben den Bestimmungen der §§ 66 und 68 kennt der I. Abschnitt des V. Hauptstücks der NO hingegen keine sonstigen Vorschriften, welche dem Notariatsakt die Kraft einer öffentlichen Urkunde und damit die Rechtsgültigkeit versagen. Die in § 52 NO normierte Verpflichtung des Notars, „nach geschehener Vorlesung des Notariatsakts durch persönliches Befragen der Parteien sich zu vergewissern, dass derselbe ihrem Willen entsprechend sei“, wird hingegen nicht ausdrücklich von der gesetzlichen Nichtigkeitsanktion erfasst. Damit streitet – wie schon P. Bydlinski¹⁾ überzeugend ausgeführt hat – eine wörtliche und systematische Gesetzesauslegung grds dafür, dass Verstöße gegen die in § 52 NO normierten Pflichten eines Notars bei der Aufnahme von Notariatsurkunden den Notariatsakt nicht seiner Formwirksamkeit zu berauben vermögen.

Dieses Rechtsverständnis teilte jüngst auch der OGH und sprach aus, dass § 52 NO zwar nach gefestigter Rsp weiters die Pflicht statuieren, sämtliche am Mantel als erschienen angeführten Vertragsparteien müssten bei der Errichtung und Unterfertigung des Notariatsakts gleichzeitig anwesend sein, „eine abweichende Vorgehensweise bewirkt jedoch nicht den Verlust

der Kraft einer öffentlichen Urkunde und damit der Wirksamkeit des Geschäfts.“²⁾ Wenn aber ein Verstoß gegen die ebenfalls in § 52 NO geregelte Anwesenheitspflicht nicht zum Solennitätsverlust führt, kann denkunmöglich ein Verstoß gegen die in selbiger Bestimmung angeordnete Verlesungspflicht einen Rechtsverlust nach sich ziehen. Es erscheint dogmatisch ausgeschlossen, dass an die Verletzung ein und derselben Rechtsnorm unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. Wie der OGH aber zur Anwesenheitspflicht rechtsrichtig erkannt hat, wohnt § 52 NO überhaupt keine Nichtigkeitsanktion inne. Schutzzweck dieser Bestimmung ist vielmehr ausschließlich eine hinreichende Beratung und Belehrung der Vertragsparteien³⁾ durch den beurkundenden Notar sicherzustellen. § 52 NO stellt sich daher als bloße Haftungsnorm⁴⁾ dar und adressiert Pflichten des Notars. Von diesem Schutzzweck können auch Dritte erfasst werden, wenn etwa eine Irrtumsanfechtung den Vertrag nachträglich beseitigt, was bei gehöriger Belehrung hätte vermieden werden können, und der Dritte hierdurch einen Schaden erleidet. Damit erweist sich, dass eine Rechtsverletzung der in § 52 NO angeordneten Pflichten des Notars nicht zum Rechtsverlust qua § 66 iVm § 54 NO führt.

Dieses Rechtsverständnis findet auch im Willen des historischen Gesetzgebers Deckung. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass die tatsächliche Verlesung über die Formgültigkeit eines Notariatsakts entscheidet, wäre diese Nichtigkeitsanordnung nicht in einer hochgradig auslegungsbedürftigen Verweiskette geregelt worden. Zudem hat sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, in § 68 Abs 1 lit f NO den Solennitätsverlust an den Umstand zu knüpfen, ob am Mantel des Notariatsakts an-

¹⁾ P. Bydlinski, Notariatsakt und Notariatshaftung, NZ 1991, 235.

²⁾ OGH 6 Ob 122/21s [Rz 18], ecolex 2022/317, 460 mit Anm J. Reich-Rohrwig.

³⁾ Vgl OGH 4 Ob 631/88.

⁴⁾ OGH 4 Ob 631/88.

geführt ist, dass selbiger (samt Privaturkunde) den Parteien vorgelesen wurde. Weshalb der sechste Senat daher zur Erkenntnis gelangen möchte, es sei trotz der schon sprachlich vom Gesetz bewusst vorgenommenen Unterscheidung hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge nicht „zwischen der ‚Anführung‘ als bloßem Formalerfordernis und der eigentlichen Verlesung zu differenzieren“, bleibt ohne überzeugende Begründung. Die höchstgerichtliche Schlussfolgerung, dass § 68 Abs 1 lit f NO „der tatsächlich erfolgten Verlesung besonderes Gewicht“ einräumt, steht jedenfalls diametral zum Gesetzeswortlaut.

Es ist zudem auch systematisch nicht überzeugend, dem Gesetzgeber zu unterstellen, dieser hätte den Verlust der Rechtswirksamkeit wegen mangelnder Verlesung doppelgleisig regeln wollen; einmal mühelos auffindbar und ausdrücklich angeordnet in § 68 Abs 1 lit f NO und einmal kaskadenartig in § 66 iVm § 54 iVm § 52 NO. Ein solches Normverständnis ist schon legistisch abwegig, hätte der Gesetzgeber doch bloß § 68 Abs 1 lit f NO um das Tatbestandsmerkmal der tatsächlichen Verlesung ergänzen müssen. Diese Auslegung teilen im Übrigen auch *Wagner/Knechtel* und halten hierzu fest: „(...) wie überhaupt ein Verstoß gegen § 52 beim Notariatsakt noch nicht zum Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde führt. Nichtigkeitsursachen enthalten die §§ 66 und 68; sie zitieren § 52 nicht“.⁵⁾ Diesem Rechtsverständnis hat sich wohl gemerkt in der Vergangenheit auch der OGH wörtlich in der E 9 Ob 82/04⁶⁾ angeschlossen.

Bei eingehender Betrachtung spricht die Bestimmung § 54 Abs 2 NO ausschließlich davon, dass die Privaturkunde dem Notar vorgelegt und vom Notar nachfolgend nach den Vorschriften der §§ 34, 36, 52 und 53 geprüft werden muss. § 54 Abs 2 NO ist damit einzig für die Solennisierung von Privaturkunden einschlägig. Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, er hätte bei der Frage der Formungültigkeit eines Notariatsakts zwischen der Solennisierung einer Privaturkunde und einem anderen Notariatsakt unterscheiden wollen. Es erscheint unlogisch anzunehmen, es solle für die Gültigkeit eines Notariatsakts einen Unterschied machen, ob eine Privaturkunde bekräftigt wird oder etwa ein vom Notar selbst abgefasster Notariatsakt. Damit zeigt sich einmal mehr, dass über die Verweiskaskade § 66 iVm § 54 iVm § 52 NO keine Nichtigkeitsanktion normiert werden sollte. § 54 Abs 2 NO regelt vielmehr erkennbar ausschließlich der Aufnahme des Notariatsakts zeitlich vorhergehende Handlungspflichten des Notars. Aus einer solchen Pflichtverletzung ist jedoch keine Nichtigkeitsanktion ableitbar. Überzeugend hat sich daher bisher selbst der sechste Senat⁷⁾ dem Rechtsverständnis des VwGH angeschlossen,⁸⁾ dass die § 66 NO innewohnende Nichtigkeitsanktion bloß Verstöße gegen die §§ 54 bis 65 NO erfasst. Auch *Wagner/Knechtel*⁹⁾ vertreten diesbezüglich, dass ausschließlich „die Unterlassung einer Feststellung im Notariatsakt über die – allenfalls tatsächlich geschehene – Vorlesung (bzw auch Vorlegung zur Durchsicht) im Notariatsakt den Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde bewirkt“. Die beiden vorhergenannten Autoren postulieren daher, dass, wenn der Notariatsakt das von § 68 NO gesetzlich geforderte Aussehen erfüllt, die Form gewahrt und das Rechtsgeschäft voll wirksam ist. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, dass etwa ein Verstoß gegen die in §§ 56 bis 61 NO normierten Vorschriften über die Beziehung von Aktszeugen, welche das Verständnis des Notariatsakts nach seinem Wortsinn schützen, einem Dritten nicht unbedingt aus der Urkunde erkennbar ist. Anders als im Fall der in § 54 Abs 2 NO geregelten Verlesungspflicht, hat der Gesetzgeber bei Verletzung der Vorschriften betreffend Aktszeugen die Nichtigkeit nämlich ausdrücklich angeordnet.

B. Auch die bisherige Rechtsprechung kennt keine Nichtigkeitsanktion

Zur Begründung des gegenteiligen Rechtsstandpunkts möchte der sechste Senat in der jüngsten E¹⁰⁾ unter anderem mit den höchstgerichtlichen Ausführungen in 2 Ob 13/18b, *Franz West* argumentieren. Dabei kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der sechste Senat den Bedeutungsgehalt dieser E verkennt. Vorhergenannter E liegt auf Tatsachenebene die Besonderheit zu Grunde, dass der „Inhalt des Geschäfts“ (§ 68 Abs 1 lit e NO), in diesem Fall die zu widmenden Kunstwerke als *essentialia negotii*, nicht aus der solennisierten Privaturkunde zu entnehmen waren, sondern aus einer nicht gem § 54 NO notariell bekräftigten Beilage zur Privaturkunde (Werkverzeichnis). Da diese Beilage nicht notariell bekräftigt und damit nicht zum Bestandteil des Notariatsakts gemacht wurde, hat der OGH wegen Verletzung der in § 68 Abs 1 lit e und lit f NO aufgezählten Förmlichkeiten dem Notariatsakt die Formgültigkeit versagt. Anders als vom sechsten Senat interpretiert, hat nach den Feststellungen in der E 2 Ob 13/18b gerade nicht die vermeintlich fehlende Verlesung qua § 66 iVm § 54 iVm § 52 NO zur Formungültigkeit geführt, sondern einzig der Umstand, dass die Beilage (welche den Inhalt des Geschäfts enthielt) nicht gem § 68 Abs 1 lit e und lit f NO im Notariatsakt gesetzmäßig angeführt war. Die vom Notar errichtete öffentliche Urkunde hat daher dem gesetzlich geforderten Aussehen eines Notariatsakts nicht entsprochen. Es war nämlich im Notariatsakt verabsäumt worden, gem § 68 Abs 1 lit e NO anzuführen, dass die Privaturkunde samt Beilage „Inhalt des Geschäfts“ ist. Aus diesem Grund wurde es auch unterlassen, im Notariatsakt gem § 68 Abs 1 lit f NO anzuführen, dass die Privaturkunde samt Beilage vorgelesen wurde. Einzig aus vorhergenannten Gründen und nicht wegen tatsächlich mangelnder Verlesung ist es zum Solennitätsverlust gekommen. Auch in der E 2 Ob 13/18b wird der Solennitätsverlust daher an § 68 NO und damit an einen qualifizierten Formmangel geknüpft. § 68 Abs 1 lit f NO verlangt aber ausschließlich die Förmlichkeit der „Anführung, dass der Akt den Parteien vorgelesen worden [ist]“. Hingegen wird mit keinem Wort verlangt, dass der Notariatsakt tatsächlich verlesen wurde.

Auch die zweite vom sechsten Senat angeführte Belegstelle¹¹⁾ erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht hinreichend belastbar. *Aburumieh/Hoppel* stellen in dieser Glosse die These auf, dass auch „bei unterbliebener Belehrung das Risiko der Nichtigkeit“ bestünde. Konkrete Belegstellen oder Judikate vermögen die Autoren nicht anzuführen. Die Belehrungspflicht des Notars ergibt sich aus §§ 52, 53 NO, sodass gegen eine Nichtigkeit wegen unterbliebener Belehrung sämtliche vorgenannten Argumente streiten. Hinzu kommt, dass in der E 6 Ob 49/11¹²⁾ vom OLG Wien als BerG zutreffend ausgesprochen wurde, dass einerseits dem Verständnis des mittels Notariatsakts zu errichtenden Vertrags nach seinem Wortsinn (§ 63 NO) und andererseits den notariellen Belehrungspflichten zwecks intellektueller Erfassung des Vertragsinhalts in materieller

⁵⁾ *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 52 NO Rz 1.

⁶⁾ OGH 9 Ob 82/04f.

⁷⁾ OGH 6 Ob 167/17b ecolex 2018,733.

⁸⁾ VwGH 92/16/0102.

⁹⁾ *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 52 NO Rz 16.

¹⁰⁾ OGH 6 Ob 122/21s [Rz 12].

¹¹⁾ *N. Aburumieh/S. Hoppel*, GesRZ 2020, 423 [425f Pkt 5] zu 6 Ob 59/20z.

¹²⁾ OGH 6 Ob 49/11s GesRZ 2012,131.

Hinsicht (§ 52 NO) zu differenzieren ist. Aus diesem Grund kommt das OLG Wien auch zum Auslegungsergebnis, dass trotz Verletzung der Belehrungspflicht nach § 52 NO der Notariatsakt vollauf wirksam bleibt. Dieser berufsgerichtlichen Begründung ist der OGH nachfolgend mit keinem Wort entgegengetreten. Insofern erscheint es nunmehr wenig überzeugend, wenn der sechste Senat die Glosse von *Aburumieh/Hoppel* – welche sich inhaltlich überhaupt nicht mit der Verlesungspflicht beschäftigt – heranziehen möchte, um eine Begründung dafür zu schaffen, weshalb die unterlassene Verlesung zur Nichtigkeit des Notariatsakts führen soll. Dies umso mehr, als der Sechste Senat selbst davon ausgeht, dass „eine Verletzung der Belehrungspflicht (...) die Wirksamkeit des Notariatsakts grundsätzlich unberührt [lässt]“.¹³⁾

Letztlich möchte der sechste Senat durch Zirkelbezug auf die E 6 Ob 20/20i¹⁴⁾ seine eigene Rechtsansicht verfestigen. Inhaltlich vermag jedoch auch die E 6 Ob 20/20i keine taugliche Begründung dafür zu liefern, dass die mangelnde Verlesung zum Verlust der Rechtswirksamkeit führen soll; diese Rechtsfrage war in dieser Entscheidung nicht entscheidungsrelevant. Die lediglich obiter vom sechsten Senat wiederum unter Verweis auf die E 2 Ob 13/18b, *Franz West* getätigte Wertung, dass eine Verletzung der in § 68 Abs 1 lit f NO statuierten Förmlichkeit („[...] am Schluss die Anführung, dass der Akt den Parteien vorgelesen worden sei [...]“) ebenso zur Ungültigkeit des Notariatsakts führen würde wie im Fall einer Verletzung von § 66 NO, dürfte wiederum dem schon zuvor geschilderten (Fehl-)Verständnis zuzuschreiben sein. Aus der E 2 Ob 13/18b ist eine Nichtigkeitsstrafe bei mangelnder Verlesung qua § 66 NO nämlich nicht abzuleiten.

C. Verkehrsschutz verbietet Nichtigkeitsfolgen bei mangelnder Verlesung

In seiner rechtlichen Beurteilung lässt der sechste Senat gewichtige systematisch/teleologische Überlegungen nahezu gänzlich unbeachtet. Ausgangspunkt ist, dass der Notariatsakt dazu dient, den rechtsgeschäftlichen oder geschäftsähnlichen Willenserklärungen von Parteien eine besondere urkundliche Beweiskraft zu verleihen. § 52 NO dient somit dem Schutz der Allgemeinheit in ihrem Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der durch einen Notariatsakt beurkundeten Rechtsgeschäfte.¹⁵⁾ Schon aus diesem Grund hat auch das OLG Linz als *RekG*¹⁶⁾ ausgesprochen, dass, falls der vom Notar errichtete Notariatsakt das von § 68 NO gesetzlich geforderte Aussehen erfüllt und der Notariatsakt und die zu solennisierende Privaturkunde vom Notar tatsächlich unterfertigt wurden, die Form gewahrt ist und das Rechtsgeschäft voll wirksam ist. Auch der Gesetzgeber hat einen Solennitätsverlust bewusst an einen für Dritte aus der Urkunde erkennbaren Formmangel geknüpft. § 68 Abs 1 lit f NO verlangt die Förmlichkeit der „Anführung, dass der Akt den Parteien vorgelesen worden [ist]“; nicht jene der tatsächlichen Verlesung. Diese bewusste sprachliche und legistische Differenzierung ist aus Gründen des Vertrauensschutzes und des Schutzes des Rechtsverkehrs auch konsequent. Ein nach der äußeren Form gesetzmäßig abgefasster Notariatsakt muss das unerschütterliche Vertrauen Dritter rechtfertigen, dass dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft kein Formmangel anheim ist. Jedem Notariatsakt würde ansonsten das für Dritte unüberprüfbare Gültigkeitsrisiko innewohnen, ob nicht vielleicht doch irgendeine Vertragspartei Jahre später behauptet, dass der Solennisierungsvorgang – etwa wegen nicht vollständiger

Verlesung – rechtsunwirksam wäre. Würde die Notariatsordnung damit tatsächlich auf nicht aus der öffentlichen Urkunde selbst ersichtliche Gültigkeitserfordernisse abstellen, hätte ein Notariatsakt eine geringere Bestandskraft als ein Vertrag, der einem bloß einfachen Schriftformgebot unterliegt.

Ein solches Auslegungsergebnis ist auch teleologisch unhaltbar, wie ein simples Praxisbeispiel nahelegt. Würde § 52 NO tatsächlich partiell außenwirksame Gültigkeitsvoraussetzungen normieren, müsste ein Dritter, der einen Geschäftsanteil einer GmbH derivativ erwirbt und die Einhaltung der gebotenen Form sicherstellen möchte, durch Befragung aller Vertragsparteien und Notare zurück bis zur Gründung der Gesellschaft ausforschen, ob bei sämtlichen vorhergehenden Notariatsakten eine tatsächliche Verlesung stattgefunden hat. Eine sorgfältige *legal due diligence* erfährt dadurch eine völlig neue Dimension. Schließlich sind etwa Geschäftsanteile einer GmbH nach der höchstgerichtlichen *Rsp*¹⁷⁾ sowie der herrschenden Lehre¹⁸⁾ keine beweglichen Sachen iSd § 367 ABGB, weshalb GmbH-Geschäftsanteile auch gutgläubig nicht erworben werden können. Dies gilt selbst dann, wenn der Veräußerer des Geschäftsanteils zu Unrecht im Firmenbuch als Gesellschafter aufscheinen sollte.¹⁹⁾ Würde daher ein Verstoß gegen die in § 52 NO statuierten Pflichten eines Notars tatsächlich die Nichtigkeit des Notariatsakts begründen, wären notariatsaktspflichtige Rechtsgeschäfte wegen fehlender (vollständiger) Verlesung einem massiven Bestandsrisiko ausgesetzt. Die Notariatsaktspflicht soll aber genau die gegenteilige Wirkung erzielen. All diese teleologischen Überlegungen machen deutlich, dass § 52 NO eine bloße Haftungsnorm darstellt, aber nicht außenwirksam über die Formgültigkeit eines Notariatsakts entscheidet. Wenn nämlich schon die unterlassene Belehrung nicht zum Solennitätsverlust führt, kann denklogisch auch die unterlassene Verlesung nicht den Verlust der Rechtswirksamkeit bewirken.

D. Einwand der Nichtigkeit erscheint rechtsmissbräuchlich

Dieses Rechtsverständnis wird zudem auch durch die Rechtsfigur des „widersprüchlichen Verhaltens“ (*venire contra factum proprium*), einem Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs,²⁰⁾ gestützt. Darunter wird verstanden, dass der Berechtigte beim Verpflichteten durch sein Verhalten den Eindruck erweckt hat, ein ihm zustehendes Recht nicht (mehr) geltend zu machen, sodass ihm im Hinblick darauf eine spätere Berufung auf das Recht verwehrt wird.²¹⁾ Der Berechtigte erweckt sohin im Anspruchsgegner durch sein Verhalten Vertrauen auf das Bestehen einer bestimmten Sach- oder Rechtslage, sodass die rechtsmissbräuchliche „Widersprüchlichkeit“ zwischen der objektiven Rechtslage und dem Verhalten des Berechtigten gesehen wird. Üblicherweise sieht ein Notariatsakt eine wie folgt vergleichbare Formulierung am Mantel vor: „Hierüber wurde

¹³⁾ OGH 6 Ob 122/21s [Rz 15] unter Verweis auf OGH 9 Ob 82/04f.

¹⁴⁾ OGH 6 Ob 20/20i *EvBI* 2021, 139.

¹⁵⁾ OGH 4 Ob 631/88.

¹⁶⁾ OLG Linz 6 R 41/21y.

¹⁷⁾ *RIS-Justiz* RSO010879; OGH 3 Ob 186/94.

¹⁸⁾ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁵ § 367 Rz 2; *Winner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 4; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 43.

¹⁹⁾ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 43.

²⁰⁾ *RIS-Justiz* RSO128483; vgl OGH 7 Ob 236/05i; 1 Ob 318/99t.

²¹⁾ OGH 7 Ob 133/18m.

dieser Notariatsakt aufgenommen, den Parteien deutlich und dem ganzen Inhalt nach vorgelesen, von ihnen als ihrem Willen entsprechend errichtet erklärt und sohin mit der Bestimmung zur Hingabe auch wiederholter Ausfertigungen an die Beteiligten eigenhändig vor mir, Notar, unterschrieben. (...)“ Exakt unterhalb dieser Formulierung befindet sich sodann die Unterschriftenzeile der Parteien des Notariatsakts und daran anschließend des Notars. Wenn sodann eine der Vertragsparteien, nachdem diese Erklärung abgegeben wurde, womöglich Jahre später behauptet, der Notariatsakt sei wegen mangelnder Verlesung ungültig, so stellt sich diese Sachverhaltskonstellation geradezu als ein Paradebeispiel für eine rechtsmissbräuchliche „Widersprüchlichkeit“ dar. Dogmatisch zielt das Rechtsinstitut des „widersprüchlichen Verhaltens“ darauf ab, dass der Berechtigte beim Verpflichteten durch sein Verhalten eben den Eindruck erweckt hat, ein ihm allenfalls zustehendes Recht nicht (mehr) geltend zu machen, sodass im Hinblick darauf eine spätere Berufung auf das Recht als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen wird und damit nicht zulässig ist.²²⁾ Wenn eine Vertragspartei trotz mangelnder Verlesung bewusst eine unrichtige Wissens- und Willenserklärung am Mantel des Notariatsakts abgibt, um zeitlich nachfolgend einen Rechts-

vorteil daraus zu ziehen, dann darf dieser Rechtsmissbrauch niemals zum Verlust der Rechtswirkung führen. Daran kann selbst der Umstand nichts ändern, dass die anfechtende Partei womöglich erst später erfahren hat, dass die nicht erfolgte Verlesung mit vermeintlicher Nichtigkeit sanktioniert ist.

Schlussstrich

Aus sämtlichen vorhergenannten Gründen hat ein Verstoß gegen die in § 52 NO genannten Pflichten des Notars keinen Solennitätsverlust zur Folge. Aufgrund der jüngsten E des OGH ist bis zur abschließenden höchstgerichtlichen Beurteilung durch einen verstärkten Senat jedoch Notaren anzuraten, die vollständige Verlesung eines Notariatsakts im Einverständnis mit den Parteien auf Ton und/oder Bild aufzuzeichnen. Ein solches Vorgehen erscheint schon zur Begrenzung des eigenen Haftungsrisikos angezeigt. Zudem wird die Überprüfung einer entsprechenden Dokumentation zukünftig auch Bestandteil einer sorgfältigen due diligence werden müssen.

²²⁾ Vgl. OGH 2 Ob 214/11a.

RECHTSPRECHUNG

Bearbeitet von Sebastian Aschl, Sara Bayat und Johannes Reich-Rohrwig

Zur Bestellung eines Abwesenheitskurators für eine GmbH

ecolex 2022/543

§ 277 ABGB; § 15a GmbHG; § 76 AktG

OGH 30. 6. 2022, 4 Ob 85/22m

Abwesenheitskurator; Notgeschäftsführer; Notvorstand; GmbH; Aktiengesellschaft

1. § 277 ABGB enthält keine Regelung für die Abwesenheit juristischer Personen; ihre Anwendung kann daher nur analog erfolgen.

2. Die eine Analogie voraussetzende planwidrige Regelungslücke liegt nicht vor, wenn den Rechten eines Gesellschaftsgläubigers durch Bestellung eines Notgeschäftsführers gem § 15a GmbHG zum Durchbruch verholfen werden kann.

Sachverhalt:

Die Ast brachte eine Mietzins- und Räumungsklage gegen ihre Mieterin, eine GmbH, ein. Ein vorbereitender Schriftsatz verbunden mit einer Klagsausdehnung konnte weder am Sitz der GmbH noch an der für den Alleingesellschafter und -geschäftsführer im Firmenbuch angegebenen Adresse in Deutschland zugestellt werden. Die Antragstellerin beantragte daraufhin beim Prozessgericht die „Bestellung eines Abwesenheitskurators gemäß § 116 ZPO“. Das ErstG deutete den Antrag als solchen auf Bestellung eines Abwesenheitskurators gem § 277 ABGB und wies ihn ab, weil nur für natürliche Personen ein solcher bestellt werden könne. Das RekG bestätigte mit abweichender Begründung: Zwar könne auch für juristische Personen ein Abwesenheitskurator bestellt werden. Im vorliegenden Fall wäre aber die Bestellung eines beantragten Kurators nach § 116 ZPO völlig ausreichend, sodass es keines Abwe-

senheitskurators bedürfe. Außerdem sei die Bestellung eines Abwesenheitskurators subsidiär gegenüber der Bestellung eines Notgeschäftsführers nach § 15a GmbHG. Der dagegen erhobene ao-RevRek der Ast war wegen fehlender höchstgerichtlicher Rsp zum Verhältnis von § 277 Abs 1 Z 3 iVm Abs 3 zu § 15a GmbHG zulässig, jedoch nicht berechtigt.

Der OGH entschied, dass ein Notgeschäftsführer iSd § 15a GmbHG - und kein Abwesenheitskurator gem § 277 Abs 3 ABGB - zu bestellen ist, wenn ein Vermieter seinen Bestandvertrag mit einer GmbH nicht beenden kann, weil ihre vertretungsbefugten Organe abwesend sind. Er begründete seine Auffassung im Wesentlichen damit, dass § 277 ABGB für GmbHs nicht anwendbar ist, wenn § 15a GmbHG zur Anwendung kommt und durch Bestellung eines Notgeschäftsführers den Rechten eines Gesellschaftsgläubigers zum Durchbruch verschafft werden kann. Das ABGB sah schon in seiner Stammfassung (§ 276 ABGB aF) die Bestellung eines Kurators für Abwesende vor und ein solcher konnte zum Schutz der Interessen der Abwesenden selbst, aber auch zum Schutz von Interessen Dritter bestellt werden. Diese Bestimmung wurde zum Schutz von Gesellschaftsgläubigern analog angewendet, wenn eine Gesellschaft keine zur Vertretung befugten Organe hatte und die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nicht vorlagen. Die GmbH-Novelle 1980 schuf mit § 15a GmbHG eine vergleichbare Regelung für die GmbH. Daraufhin war zu klären, in welchen Fällen für eine GmbH ein Kurator und in welchen ein Notgeschäftsführer bestellt werden konnte.

Die Mat zum KindRÄG 2001 stellten klar, dass § 116 ZPO und § 276 ABGB aF nicht parallel anzuwenden seien, sondern vielmehr